Schutz des Eigentümers zwischen Auflassung und Eintragung bei Nichtigkeit, Unwirksamkeit oder Anfechtbarkeit des Kausalgeschäfts.

Teildruck

aus einer Schrift zur Erlangung der juristischen Doktorwürde bei der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät der Schlesischen Friedrich-Wilhelms-Universität zu Breslau,

vorgelegt von

CARL GOTTWALD,
Gerichtsreferendar zu Berlin.

BERLIN
Druckerei Studentenwerk Berlin, e. V., Berlin N 24, Friedrichstr. 107
1926

Mit Genehmigung der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät der Universität Breslau wird nur ein Teil der Dissertation, nämlich

Teil II vom Abschnitt C, Seite 108–145

gedruckt.

Der übrige Inhalt ist in Problemstellung, Einleitung und Schlußabschnitt auszugsweise wiedergegeben.

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Berichterstatter:
Geheimer Justizrat Professor Dr. Otto Fischer.

Dem Andenken meines Vaters.

Literaturverzeichnis.

Arons, Rechtslage zwischen Auflassung und Eintragung. Dissertation Breslau 1924.

Baer, Die Auflassung auf Grund eines formlosen Kaufvertrages. Dissertation Erlangen 1907.

Baumann, In JW. 1923, S. 1049.

Boré, Die Voraussetzungen der condictio causa data causa non secuta. Dissertation Erlangen 1904.

Bruck, Die Einigung im Sachenrecht. 1900.

Cosack, Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts. 1905.

Crome, System des deutschen bürgerlichen Rechts. 1905.

Dernburg, Das bürgerliche Recht, 4. Aufl. 1908.

Du Chesne, In DJZ. 1907, S. 707.

Endemann, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, 8–9. Aufl.

Enneccerus–Kipp–Wolff, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, 15–19. Aufl. 1923 (zit. Enneccerus Das Sachenrecht II, 1, zit. Wolff).

Erxleben, Die condictiones sine causa. Leipzig 1850.

Fischer, Otto, Konversion in der Festschrift für Adolf Wach, Bd. I, S. 4.

Fischer, Otto, In JW. 1922, S. 191 ff., 801 ff., 1196 ff.

Förster–Eccius, Preußisches Privatrecht, 6. Aufl., Bd. 1.

Fuchs, In JW. 1923, S. 42, 277, 306, 316, 743, 762.

Fuchs, Im Berliner Tageblatt vom 8. Dezember 1922, Abendausgabe, Beiblatt: Steuerverschleierung bei Grundstücksverkäufen. Ebenso vom 28. Februar 1923, Morgenausgabe, 2. Beiblatt, Nr. 99.

Freymuth, In JW. 1923, S. 761.

Fröhner, Im Berliner Tageblatt Nr. 57 vom 3. Februar 1922, Morgenausgabe, 2. Beiblatt: Steuerverschleierung bei Grundstücksverkäufen.

Gutbrod, Der obligatorische Grundstücksveräußerungsvertrag. Dissertation Tübingen 1904.

Hoeniger, In Zeitschrift des deutschen Notarvereins 1909 S. 673, 1910 S. 907.

Ihering, Jahrbuch für Dogmatik 1861, Bd. IV.

Josef, In Archiv für bürgerliches Recht, Bd. 36, S. 60.

Jung, Die Bereicherungsansprüche. Leipzig 1902.

Lenel, Iher. Jahrb. 44, S. 27.

Lenel, Arch. Ziv. Praxis 74, S. 230; 79, S. 69.

Lutze, Die Heilbarkeit formnichtiger Rechtsgeschäfte. Dissertation Erlangen 1917.

Marcuse, In Gruch. Beitr. 66, 159.

Marcuse, In JW. 1923, 42.

v. Mayr, Der Bereicherungsanspruch des deutschen bürgerlichen Rechts. 1903.

Oberneck, Das Reichsgrundbuchrecht, 4. Aufl. 1909.

Oberneck, In Zeitschrift des deutschen Notarvereins 19, S. 5; 20, S. 1 ff.; 1923, S. 158.
Oertmann, Zentralblatt für freiwillige Gerichtsbarkeit, Notariat und Zwangsversteigerung, Bd. 16, S. 589.
Oertmann, Recht 1914, Sp. 11, 12,
Oertmann, Kommentar zum BGB. 1908/1910.
Pink, JW. 1923, S. 744.
Reichel, Im Arch. Ziv. Praxis Bd. 104, S. 1 ff.
Reichel, In Gruch. Beitr. 61, S. 556.
Riezler, Venire contra factum proprium. Leipzig 1912.
Rosenthal, Leipziger Zeitschr. 1919, S. 516 ff.
Rosenthal, Das Bürgerliche Gesetzbuch 1921.
Rundstein, Im Archiv für bürgerliches Recht, Bd. 43, S. 319,
Samter, JW. 1923, S. 743.
Samter, Im Berliner Tageblatt vom 10. Februar 1923, Morgenausgabe, 2. Beibl., Nr. 69: Schwarzzahlung bei Grundstücksverkäufen.
Spitbaum, Die Rechtslage zwischen Auflassung und Eintragung. Dissertation Breslau 1924.
Stampe, JW. 1921, S. 533.
Staub, Friedrich, Der formlose Grundstücksveräußerungsvertrag und seine Heilung. Dissertation Würzburg 1913.
Stoll, In Leipziger Zeitschr. 1923, S. 532.
Schultze, JW. 1923, S. 1049.
von der Trenck, JW. 1922, S. 186.
Weißler, In Zeitschrift des deutschen Notarvereins 1909, S. 75.
Wiener, JW. 1922, S. 783 und 1923 S. 277.
Windscheid–Kipp, Lehrbuch des Pandektenrechts, 9. Aufl.

Motive zu dem Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches, Amtliche Ausgabe 1888.
Protokolle der Kommission für die 2. Lesung des Entwurfs eines BGB. 1899.
Mugdan, Die gesamten Materialien zum BGB. 1899.
Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen.
Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen.
Jahrbuch der Entscheidungen des Kammergerichts in Sachen der freiwilligen Gerichtsbarkeit von Johow.
Juristische Wochenschrift, herausgegeben vom Deutschen Anwaltsverein.
Das Recht, Rundschau für den Deutschen Juristenstand.
Gruchot's Beiträge zur Erläuterung des Deutschen Rechts.
Zentralblatt für die freiwillige Gerichtsbarkeit, das Notariat und die Zwangsversteigerung.
Rechtsprechung der Oberlandesgerichte auf dem Gebiet des Zivilrechts, herausgegeben von Mugdan und Falkmann.
Seuffert's Archiv für die Entscheidungen der obersten Gerichte.
Warneyer, Jahrbuch der Entscheidungen der obersten Gerichte.
Zeitschrift für Rechtspflege in Bayern.

Kommentare zum BGB:

Reichsgerichtsräte-Kommentar, 5. Aufl. 1923.
Planck—Strohal, 4. Aufl.
Staudinger, 7—8. Aufl. 1912.
Warneyer, 1923.
Lindemann—Soergel, 2. Aufl. 1923.
Biermann, Sachenrecht, 2. Aufl. 1903.
Fischer—Henle, Handkommentar zum BGB., 11. Aufl. 1921.
Hölder, Bd. I. 1900.

Inhaltsverzeichnis.

Seite

Problemstellung 10

Einleitung 11

Abhandlung:

Steht dem Veräußerer bei Nichtigkeit, Unwirksamkeit oder Anfechtbarkeit des Kausalgeschäfts nach wirksamer Auflassung noch ein Anspruch auf Verhinderung des Eigentumsüberganges auf den Erwerber zu? 13

I. Der Eigentumsanspruch aus § 1004 BGB. 14

II. Der Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung 16

a. Schließt die Bindung an die Einigung die Kondiktion aus? 16

b. Ist die Auflassungserklärung eine kondizierbare Leistung? 18

c. Besteht ein Rückforderungsanspruch bei Vornahme der Auflassung in Kenntnis der Fehlerhaftigkeit des Grundgeschäfts, aber in der erkennbaren Erwartung eines Erfolges? 21

aa. Verhältnis des § 814 zum § 812, Absatz I, Satz 2 BGB. . . . 22

bb. Der mit der Auflassung bezweckte Erfolg: 24

1. Gibt es einen unwandelbaren Zweck der Auflassung? . . . 24

2. Der Zweck, die Heilung des Vertrages herbeizuführen . . . 26 (i. S. § 313, Satz 2 BGB.)

3. Der Zweck, die Gegenleistung zu erhalten 27

cc. Wann ist die condictio causa data causa non secuta begründet? 30

III. Der Grundsatz von Treu und Glauben 32

a. Liegt in der Berufung auf die Ungültigkeit des Kausalgeschäfts ein Verstoß hiergegen? 33

b. Kann dies unter gewissen Umständen der Fall sein? 34

c. Ist es der Fall, wenn die Parteien in Kenntnis der Fehlerhaftigkeit des Vertrages die Auflassung vorgenommen haben? 39

d. Wird bei Widerruf des Vertrages der Eintritt des Erfolges wider Treu und Glauben im Sinne § 815 BGB. verhindert? 43

IV. Die Beweislast 44

Schluß 45

Problemstellung.

Das Bürgerliche Gesetzbuch scheidet scharf zwischen dem Recht der Schuldverhältnisse und dem Sachenrecht und damit auch zwischen dem persönlichen Verpflichtungsgeschäft und dem abstrakten dinglichen Erfüllungsgeschäft. Der innere Zusammenhang beider Teile hat jedoch gerade auf dem Gebiet des Immobiliarverkehrs manche Zweifelsfragen aufgeworfen. Eine hohe theoretische und praktische Bedeutung kommt hier der Frage zu, ob der veräußernde Eigentümer bei Nichtigkeit, Unwirksamkeit oder Anfechtbarkeit des Kausalgeschäfts nach der Auflassung noch imstande ist, den Eigentumsübergang des Grundstücks auf den Erwerber zu verhindern.

Sehr akut ist diese Frage in folgenden Fällen geworden: Die Vertragschließenden hatten zwecks Steuerhinterziehung einen gerichtlichen oder notariellen Kaufvertrag mit falscher Kaufpreisangabe abgeschlossen. Nachträglich reute den Verkäufer der Verkauf, und er wollte wieder von ihm loskommen. Solche Fälle kamen namentlich in den glücklicherweise hinter uns liegenden furchtbaren Jahren der Inflation häufig vor, wo der von dem Verkäufer erhaltene Kaufpreis innerhalb weniger Wochen nur noch ein Minimum seines ursprünglichen Wertes betrug; die Folge war, daß ein ausgedehnter Grundstückshandel zu Spekulationszwecken einsetzte, wobei viele Grundstücke in die Hände von Ausländern übergingen. Aber auch heute sind sie nicht selten, so z. B. bei nachträglich steigender Konjunktur auf dem Grundstücksmarkt oder, wenn der Verkäufer zufällig einen Dritten gefunden hat, der ihm einen höheren Kaufpreis als der erste Käufer bietet.

Vom rechtspolitischen Gesichtspunkt aus betrachtet, kann die drückende Steuerlast der Nachkriegsjahre an der Verwerflichkeit derartiger Steuerhinterziehungen nichts ändern, weder der Veräußerer noch der Erwerber verdienen unser Mitleid. Wohl aber ist der Standpunkt des Bürgerlichen Gesetzbuches zu berücksichtigen, welches in Anbetracht der sozialen Bedeutung des Grundeigentums das auf Seßhaftigkeit der Bevölkerung gerichtete Interesse des Staates wahrt, infolgedessen die Aufrechterhaltung der Grundeigentumsverhältnisse begünstigt.[1])

[1]) Protokolle I S. 461, Motive II S. 190.

Einleitung.

Die Auflassung ist ihrer Rechtsnatur nach gemäß § 873 Abs. 1 BGB. ein abstrakter, dinglicher Vertrag, der aber erst in Verbindung mit der Eintragung eine Verfügung darstellt. Auf Grund ihres wirtschaftlichen Zusammenhanges mit dem für sie maßgebenden Kausalgeschäft sind jedoch von jeher Ansichten aufgetaucht, wonach einerseits in bestimmten Fällen die Nichtigkeit, Unwirksamkeit oder Anfechtbarkeit des Kausalgeschäfts auch die Auflassung in Mitleidenschaft ziehen, andererseits in einigen Fällen, und zwar insbesondere in den des § 313 BGB., die gültige Auflassung eine mehr oder weniger heilende Wirkung auf die Fehlerhaftigkeit des Kausalgeschäfts ausüben soll. Grundsätzlich erstreckt sich nun der dem Kausalgeschäft anhaftende Rechtsmangel nicht auf die Auflassung. Auch ein Abhängigkeitsverhältnis beider im Sinne § 139 BGB. ist zu verneinen. Gerade hier tritt der abstrakte Charakter der Auflassung in Erscheinung. Dasselbe gilt von der Auflassungsvollmacht, die in einer Urkunde mit dem ungültigen Kausalgeschäft enthalten ist. Bei Schwarzkäufen ergibt sich bereits aus der Willensrichtung der Beteiligten, daß der Ausnahmefall des § 139 BGB. gegeben ist, nämlich, daß die Auflassungsvollmacht trotz der Fehlerhaftigkeit des Kausalgeschäfts aufrechterhalten bleiben sollte.

Aber auch eine Beeinflussung des ungültigen Kausalgeschäfts durch die wirksame Auflassung findet nicht statt. Nach § 873 Abs. 2 BGB. führt die Auflassung die Bindung der Beteiligten an die in ihr enthaltene dingliche Einigung, nicht an das Kausalgeschäft, herbei. Die Bindung wiederum hat nicht etwa eine Verpflichtung der Beteiligten zur Folge, sondern besteht darin, daß die Einigung nicht mehr einseitig widerrufen werden kann. Auch nach § 313 Satz 2 BGB. hat die Auflassung für sich allein keine weiteren Rechtswirkungen. Die Heilung tritt nicht deshalb ein, weil die Auflassung als eine Art Bestätigung des Kausalvertrages zu erachten ist, nicht einmal die Wirkung einer Bestätigung kommt ihr zu. Vielmehr ist aus Zweckmäßigkeitsgründen an die Tatsache der in Erfüllung des Kausalvertrages betätigten, im Wege der Auflassung und Eintragung herbeigeführten Eigentumsübertragung die Heilung dieses schuldrechtlichen Vertrages geknüpft. Vorher ist derselbe trotz seiner Heilungsmöglichkeit gemäß § 125 BGB. nichtig. Die Unheilbarkeit stellt kein

Unterscheidungsmerkmal der Begriffe „nichtig" und „unwirksam" dar, sie ist lediglich in der Regel das Kennzeichen nichtiger Rechtsgeschäfte. Der dargelegte Zweck und der Wortlaut der Vorschrift geben keinen Anhaltspunkt dafür, daß, wie die herrschende Lehre behauptet, nur solche vertraglichen Vereinbarungen geheilt werden, über die zur Zeit der Auflassung Willensübereinstimmung besteht. Auch eine Vertragsergänzung oder -abänderung nach der Auflassung muß zweckmäßigerweise an der Heilung teilnehmen können. Die weitere Folgerung der herrschenden Lehre aus ihrer obigen Forderung dahingehend, daß mit der Auflassung eine Bindung der Beteiligten an den Kausalvertrag eintrete, steht in Widerspruch mit der Fassung des Gesetzes. Die Grundlage dieser Theorie bildet auch hier der abgelehnte Bestätigungsgedanke (verschleierte Bestätigungstheorie).

Demzufolge kann noch nach der Auflassung der Kausalvertrag widerrufen werden. Die Gegenansicht würde dazu führen, daß entgegen der sonstigen Rechtsauffassung der mangelnde Vertrags- und Erfüllungswille einer Partei vor Abschluß der Heilung rechtlich unbeachtlich bleiben, diese Heilung sich infolgedessen nicht nur auf Form- sondern auch auf Willensmängel erstrecken würde. Da die Nichtigkeit nur eine Eigenschaft des Rechtsgeschäfts ist, bestehen gegen die Zulässigkeit des Widerrufs eines nichtigen Vertrages keine Bedenken. Grundsätzlich hat sonach die Auflassung keinen Einfluß auf das fehlerhafte Kausalgeschäft. Nur bei Anfechtbarkeit des Kausalgeschäfts kann die in Kenntnis dessen vorgenommene Auflassung als eine Bestätigung desselben im Sinne § 144 BGB. erachtet werden.

Abhandlung.

Steht dem Veräußerer bei Nichtigkeit, Unwirksamkeit oder Anfechtbarkeit des Kausalgeschäfts nach wirksamer Auflassung noch ein Anspruch auf Verhinderung des Eigentumsüberganges auf den Erwerber zu?

Der Widerruf eines formwidrigen Grundstücksveräußerungsvertrages kann nun zwar wohl dessen Heilung im Sinne § 313, 2 BGB., nicht aber den Eigentumserwerb des Erwerbers verhindern. Bis der Veräußerer mit seinem Rechtsanspruch auf Rückübereignung des Grundstücks wegen ungerechtfertigter Bereicherung durchdringt, kann der Erwerber jedoch längst das Grundstück wieder an einen Anderen weiterveräußert haben, demgegenüber der Veräußerer rechtlos ist, da jener vom Eigentümer erworben hat, demzufolge rechtswirksam selbst Eigentümer des Grundstücks geworden ist, gegen ihn auch kein obligatorischer Anspruch auf Rückübereignung besteht. In einem solchen Falle hat der Veräußerer endgültig sein Grundstück verloren und ist nur auf Wertersatz gemäß § 818 Abs. II BGB. angewiesen. Auf Grund dieser gefährdeten Rechtslage hat er ein großes Interesse daran, von vornherein den Eigentumsübergang auf den Erwerber zu verhindern. Mit Rücksicht darauf, daß diese Frage gerade in den Fällen akut geworden ist, in denen die Veräußerungsverträge wegen Formwidrigkeit im Sinne § 313 BGB. nichtig sind, beschäftigen wir uns bei den folgenden Ausführungen hauptsächlich mit diesen.

I. Der Eigentumsanspruch aus § 1004 BGB.

Eigentümer des Grundstücks ist vorläufig noch der Veräußerer. Infolge der Ungültigkeit des Kausalgeschäfts ist er auch nicht zur Uebereignung an den Erwerber verpflichtet. Es fragt sich demgegenüber, ob er nicht auf Grund seines Eigentums gegen den Erwerber vorgehen kann, und zwar gemäß § 1004 BGB., welcher dem Eigentümer bei Beeinträchtigung seines Eigentums einen Anspruch gegen den Störer auf Beseitigung derselben gibt. Der zweite Zivilsenat des Kammergerichts,[1]) Spitbaum[2]) und das Landgericht II in Berlin als Berufungsgericht (vgl. RG. 108, S. 330) haben tatsächlich die gesetzlichen Voraussetzungen der Vorschrift als gegeben angesehen, indem sie ausführen, daß dem veräußernden Eigentümer durch die Eintragung des Erwerbers – wobei unterstellt wird, daß auch bereits die Eintragungsbewilligung erteilt ist – der Verlust seines Eigentums drohe, dem Erwerber andererseits infolge der Unwirksamkeit des Vertrages kein Anspruch darauf zustehe. Die Beeinträchtigung erfordere nicht schon einen Anfang der Ausführung der Verletzung des Eigentums, sondern es genügten auch Vorbereitungshandlungen, welche die Gefahr der Beeinträchtigung so drohend erscheinen ließen, daß der Zustand schon als eine gegenwärtige Beeinträchtigung des Eigentums angesehen werden müßte.

Selbst wenn man davon ausgeht, daß die hier vorliegende Rechtslage des Veräußerers einen dem Inhalt des Eigentums in tatsächlicher oder rechtlicher Beziehung widersprechenden Zustand im Sinne des § 1004 BGB. bildet, muß man außerdem berücksichtigen, daß eine Beeinträchtigung des Eigentums, die im Sinne des Gesetzes nicht in der Entziehung oder Vorenthaltung des Besitzes besteht, in erster Linie rechtswidrig sein muß, das heißt, sie muß von dem Erwerber im Widerspruch zu der Rechtsordnung aufrechterhalten werden. Wenn dies auch nicht ausdrücklich im

[1]) 2. Ziv.-Sen. des KG. Beschl. v. 19. 1. 23; (2 W. 159/23) in DJZ. 1923/180.
[2]) Spitbaum, Die Rechtslage zwischen Auflassung und Eintragung, S. 60.

Gesetz ausgesprochen ist, so stellt dieser Satz doch den Grundgedanken des Abs. II der Vorschrift dar, wonach der Anspruch ausgeschlossen ist, wenn der Eigentümer zur Duldung der Beeinträchtigung verpflichtet ist. Der Veräußerer ist nun zwar infolge der Ungültigkeit des Veräußerungsvertrages materiell nicht zur Duldung des Eigentumsüberganges auf den Erwerber verpflichtet. Dadurch, daß er aber mit diesem die Auflassung vorgenommen hat, hat er selbst seine Einwilligung zum Eigentumsübergang auf ihn erteilt. An diese ist er gemäß § 873, Abs. II BGB. gebunden. Erst unter Beseitigung seiner Erklärung kann er infolgedessen auf sein Eigentum zurückgreifen. Solange aber diese Einigung und damit sein Einverständnis mit dem Eigentumsübergang besteht, kann in dem bestehenden Rechtszustand keine Aufrechterhaltung eines rechtswidrigen Zustandes, kann demzufolge in der bevorstehenden Stellung des Eintragungsantrages seitens des Erwerbers, da dieser hierzu auf Grund der Auflassung nach den §§ 13, Abs. II, 20 GBO. berechtigt ist, keine Beeinträchtigung des Eigentums des Veräußerers im Sinne des § 1004 BGB. gefunden werden.[1])

[1]) RG. 108, 331 = Jur. Woch. 1926/159–161; KG. 14. Z. S. in JW. 1923/307.

II. Der Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung.

Es kommt sonach lediglich auf die Frage an, ob der Veräußerer im Wege der Kondiktion die Auflassungserklärung beseitigen kann.

a. Schließt die Bindung an die Einigung die Kondiktion aus?

Wie in der Einleitung bereits angedeutet ist, wird von einzelnen Vertretern der verschleierten Bestätigungstheorie die Auffassung vertreten, daß dem Veräußerer nach der Auflassung das Recht entzogen sei, den Formmangel des Vertrages geltend zu machen, daß er also auch nicht mehr die Auflassung kondizieren könne.[1]) Die Rechtsprechung hat sich vereinzelt dahin ausgesprochen, daß mit der Auflassung der rechtliche Grund gegeben sei, der den Eigentumsübergang trage, so daß von einer Kondiktion der Auflassung nicht die Rede sein könne.[2]) Die Reichsgerichtsurteile in Gruch. Beitr. 51/930 und 57/946, auf die sich die Vertreter dieser Theorie stützen, beschränken sich jedoch nur auf die Entscheidung über die Frage, ob die Heilung des im Sinne § 313, 1 BGB. formwidrigen Vertrages davon abhängig ist, daß noch zur Zeit der Eintragung Willensübereinstimmung der Beteiligten über die Vertragsabreden herrscht, oder ob es hierfür genügt, daß zur Zeit der Auflassung eine solche vorhanden gewesen ist, und entscheiden im letztgedachten Sinne, wobei sie in den Entscheidungsgründen ausführen, daß ein Widerruf des Vertrages nach der Auflassung nicht mehr möglich sei. Die Frage nach der Zulässigkeit der Kondiktion ist von ihnen überhaupt nicht berührt worden. Allerdings deuten die Ausführungen des Senats in der Entscheidung Gruchot 57, 948 dahingehend, daß

[1]) Wiener, JW. 1923, S. 276; Stampe, JW. 1921, 533 zu 1.

[2]) KG. 21. Ziv.-Sen. in JW. 1923, 762; vgl. auch Baer, S. 64; Reichel, S. 17.

nicht anzunehmen sei, daß das Gesetz den Widerruf nach der dinglichen Seite habe ausschließen, aber nach der obligatorischen Seite habe gestatten wollen, umsoweniger, als durch die Unwirksamkeit des schuldrechtlichen Geschäfts auch der gesicherte Bestand des dinglichen Geschäfts in Frage gestellt werden könne, darauf hin, daß er von der Ansicht ausging, auch eine Kondiktion der Auflassung komme nicht in Betracht.[1]) Die Anhänger der Unkondizierbarkeit der Auflassung gelangen zu dieser Folgerung auf Grund der Auffassung, daß die Bindung gemäß § 873, Abs. II BGB. nicht nur dingliche, sondern auch schuldrechtliche Wirkung habe.[2]) Selbst wenn wir uns entgegen unserer tatsächlichen, vorher dargelegten Auffassung auf diesen Standpunkt stellen, so folgt daraus noch keineswegs der Ausschluß der Kondiktion. Wie bereits ausgeführt ist, herrscht in der Literatur und Rechtsprechung darüber Uebereinstimmung, daß die Bindung keine Verpflichtung der Beteiligten herbeiführt, sondern nur den Widerruf ausschließt. Unwiderruflichkeit ist jedoch nicht gleichbedeutend mit Unkondizierbarkeit. Der Unterschied besteht darin, daß der Widerruf nur bei nicht vorhandener Bindung an die Erklärung möglich ist; die Kondiktion dagegen setzt ein, sobald die Erklärung bindend geworden ist, sie hat sonach gerade die Rückgängigmachung einer bindenden Erklärung zum Gegenstande, denn frei widerrufliche Erklärungen braucht man nicht erst zu kondizieren.[3])

Alle Vertreter der verschleierten Bestätigungstheorie müßten sonach grundsätzlich die Möglichkeit einer Kondiktion der Auflassungserklärung bejahen.

[1]) Vgl. KG. 14. Ziv.-Sen. in JW. 1923, 308 a. E.

[2]) Wiener, JW. 1923, S. 276; KG. 21. Ziv.-Sen. in JW. 1923, 762/63.

[3]) Fuchs, in JW. 1923, 277; 316, Anm. zu 3c; 744 B; Oertmann, Zentralbl. f. freiw. Ger. 16, 600; RG. 108, 333 = JW. 1926/160–161.

b. Ist die Auflassungserklärung eine kondizierbare Leistung?

Nach der von uns vertretenen Auffassung über die Rechtswirkung der Auflassung bestehen nicht die geringsten Bedenken gegen die Zulässigkeit eines dahingehenden Bereicherungsanspruches. Fraglich ist nur, ob er begründet ist. Nach § 812 BGB. ist zur Herausgabe verpflichtet, wer durch die Leistung eines anderen oder in sonstiger Weise auf dessen Kosten etwas ohne rechtlichen Grund erlangt hat. Nun hat der Erwerber durch die in der Auflassung liegende Leistung des Veräußerers zwar keinen Anspruch gegen den Veräußerer erworben. In der Auflassung liegt vielmehr nur eine auf die Grundstücksübereignung gerichtete Erfüllungshandlung des Veräußerers. Erfüllungshandlungen können aber nie Ansprüche im Sinnne des § 194 BGB. begründen. Andererseits hat die Auflassung für sich allein noch keinen Rechtserwerb des Erwerbers herbeigeführt. Auf Grund ihrer Vornahme ist er lediglich in der Lage – unter der Voraussetzung, daß der Veräußerer auch die Eintragungsbewilligung erteilt hat – den Antrag auf Eintragung beim Grundbuchamt zu stellen und durch die daraufhin von dem Grundbuchrichter vorgenommene Eintragung Eigentümer des Grundstücks zu werden. Demzufolge hat der Erwerber durch die Auflassung nur ein dingliches Anwartschaftsrecht auf Eintragung erworben. Seine Rechtslage ist insofern verbessert, als er nunmehr selbständig, ohne auf die äußere Mitwirkung des Veräußerers angewiesen zu sein, die letzten Maßnahmen zum Eigentumserwerb treffen kann.[1])

Zu erwägen ist, ob diese durch die Leistung des Veräußerers erworbene Rechtsstellung Gegenstand des Bereicherungsanspruches im Sinne § 812 BGB. sein kann. Nach der Absicht des Gesetzgebers soll durch den Gebrauch des Wortes „etwas" alles getroffen sein, was als „Vermögenswert oder Vermögensbestandteil" angesehen werden kann, durch dessen Uebergang aus dem Vermögen

[1]) Marcuse JW. 1923. 41; KG. 1. Z. S. S. 763 Ziffer 4.

des Einen in dasjenige eines Anderen der letztere bereichert wird.[1]) Insbesondere der Besitz wurde als ein solcher Vermögenswert erachtet, da er eine wertvolle Rechtsposition gewährt. Daher fällt unter diesen, vom Gesetze geflissentlich gewählten, farblosen Ausdruck alles, was das Vermögen des Bereicherten irgendwie zu vermehren geeignet ist. Man wird daher ein „Erlangthaben" überall da annehmen dürfen, wo jemandem „eine rechtlich bedeutsame Position", eine vorteilhafte Rechtsstellung zuteil geworden ist, auch wenn sie kein eigentliches Recht darstellt.[2]) Auch aus der Aufnahme der Vorschrift § 812 Abs. II. BGB., wonach als Leistung auch die durch Vertrag erfolgte Anerkennung des Bestehens oder Nichtbestehens eines Schuldverhältnisses gilt, folgt, daß der Gesetzgeber wertvolle Rechtspositionen in den Machtkreis des Bereicherungsanspruches mit einbeziehen wollte. Wie sich aus den Materialien (Mugdan, Bd. II, S. 1179) ergibt, sollte jene Bestimmung kein Ausnahmeprinzip darstellen, sondern nur noch besonders ausgesprochen werden. Gerade so wie dort die Anerkennung einer Schuld gegenüber der sofortigen Zahlung derselben als ein minus gegenüber dem maius erscheint,[3]) so ist auch die Rechtsposition des Erwerbers nach der Auflassung ein minus gegenüber der durch Auflassung und Eintragung eingetretenen Grundstücksübereignung.[4]) Aus alledem geht hervor, daß diese Rechtsstellung als Gegenstand des Bereicherungsanspruches angesehen werden kann, auch wenn sie für sich allein keinen Rechtserwerb nach sich zieht.[5]) Die weiteren Voraussetzungen des § 812 BGB. sind ebenfalls gegeben. Daß die Bereicherung ohne rechtlichen Grund eingetreten ist, folgt aus der Ungültigkeit des schuldrechtlichen Grundstücksveräußerungsvertrages. Die allgemeine Fassung des Gesetzes, daß die Bereicherung auf Kosten

---

[1]) Motive II, S. 830.

[2]) Robert v. Mayr, „Der Bereicherungsanspruch" 1903, S. 113; RGR. Komm. § 812, 1b S. 1040; Planck, 3. Aufl. § 812, 1; Warneyer, § 812, Bem. II, S. 1277; Lindemann–Soergel, II. Aufl. Ziff. 6, S. 818; Oertmann, 3/4. Aufl. Vorbem. v. 812, 2a; Enneccerus, 18/22. Aufl., Bd. I, 2. Abt. § 441 Ziff. 1 und 2; OLG. 14, 32.

[3]) Mugdan, Materialien, Bd. II, S. 1179.

[4]) RG. 108, 332. = JW. 1926/160–161.

[5]) RG. 51, 422; 108, 332 = JW. 1926/160–161; JW. 1923, 308; Oertmann. Zentralbl. 16, 600; anderer Ansicht: Gutbrod, S. 111; Reichel, Arch. Ziv. Prax. Bd. 104, S. 17; Pink, JW. 1923, 744; Du Chesne, DJZ. 1907, 709; Lutze, 28/29.

des Anderen erlangt sein muß, weist darauf hin, daß der Gesetzgeber auch jene Fälle mitumfassen wollte, „in denen das Objekt der Bereicherung, ohne bereits in das Vermögen des Kondiktionsberechtigten übergegangen zu sein, doch den Vermögensstand desselben berührt."[1]) Es sollte sonach nicht bloß alles, was der vollen rechtlichen und tatsächlichen Herrschaft dieses Anderen unterworfen ist, sondern schon alles, worauf diesem Anderen eine rechtlich begründete Anwartschaft zusteht, hierunter fallen.[2])

Danach erfüllt die Auflassungserklärung die an den Begriff der ungerechtfertigten Bereicherung gestellten Voraussetzungen, so daß ein Anspruch auf Herausgabe ihrerseits im Sinne § 812, 1 begründet ist.[3])

---

[1]) Protokolle, Bd. II, S. 685.

[2]) R. v. Mayr, aaO. S. 197.

[3]) Ebenso Fuchs, JW. 1923/43; KG. 24. und 14. Ziv. Sen. JW. 1923/306 und 307; Samter, JW. 1923/743; Pink, JW. 1923/744; Freymuth, JW. 1923/762; Schultze, JW. 1923/1049; OLG. Augsburg, JW. 1921/533; LG. Oppeln, JW. 1923/317.

c. Besteht ein Rückforderungsanspruch bei Vornahme der Auflassung in Kenntnis der Fehlerhaftigkeit des Grundgeschäfts, aber in der erkennbaren Erwartung eines Erfolges?

Für die Beurteilung, ob ein Bereicherungsanspruch vorliegt, sind jedoch nicht nur die allgemeinen Bestimmungen des § 812 BGB. maßgebend, sondern sämtliche Vorschriften über ungerechtfertigte Bereicherung überhaupt, soweit sie nicht durch den im Gesetz für den Fall normierten Tatbestand ausgeschlossen erscheinen. Bei Formwidrigkeit des Vertrages scheidet nun § 817 BGB. hierbei von vornherein aus. Auch ein Vertrag, bei dem zwecks Steuerhinterziehung von den Parteien bei der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung gemäß § 313 BGB. ein niedrigerer Kaufpreis angegeben worden ist, verstößt nach anerkannter Lehre[1]) nicht gegen die guten Sitten im Sinne § 138 BGB. Demzufolge kann weder dem Veräußerer noch dem Erwerber bei der Vornahme der Auflassung ein Verstoß gegen die guten Sitten zur Last fallen, so daß aus diesem Grunde der Rückforderung der Auflassungserklärung seitens des Veräußerers nichts im Wege steht.

Streitig ist jedoch, wann § 814 BGB. auf solchen Tatbestand anwendbar ist. Dieser besagt, daß die Rückforderung ausgeschlossen ist, wenn der Leistende gewußt hat, daß er zur Leistung nicht verpflichtet war, oder wenn die Leistung einer sittlichen Pflicht oder einer auf den Anstand zu nehmenden Rücksicht entsprach. Der zweite Fall kommt nicht in Betracht. Ein formwidriger Vertrag hat aus rechtspolitischen Gründen nie, schon im römischen Recht der pactum nudum nicht, eine gegenseitige moralische Verpflichtung der Vertragsparteien und damit eine natürliche Verbindlichkeit begründet.

[1]) RG. vom 8. März 1921 in St. Z. 1921, S. 163 — JW. 1921, S. 624 Nr. 3; Warneyer, 1921 Nr. 89; RG. 107/364.

aa. Verhältnis des § 814 zum § 812, I, 2 BGB.

Schwieriger ist die Beantwortung der Frage, wann der zweite Tatbestand des § 814 als vorliegend zu erachten ist. Sie ist eine Beweisfrage, hängt also von den jeweiligen tatsächlichen Umständen im Einzelfall ab.

Liegt der Sachverhalt so, daß der Veräußerer nicht gewußt hat, daß der Kaufvertrag wegen der Formwidrigkeit, insbesondere z. B. wegen der falschen Beurkundung des Kaufpreises, nichtig ist, sondern hat er irrtümlich geglaubt, daß der Grundstücksveräußerungsvertrag rechtswirksam ist, und nur in der Annahme, die ihm hiernach obliegende Verpflichtung zu erfüllen, die Auflassung vorgenommen, so hat er, da er in Wirklichkeit nichts schuldete, ohne rechtlichen Grund geleistet. Ihm steht demzufolge in diesem Fall ein Rückforderungsanspruch hinsichtlich der Auflassung aus § 812, 1 und aus § 814 als argumentum e contrario ohne weiteres zu.[1])

Wie ist aber zu entscheiden, wenn der Veräußerer die Nichtigkeit des formwidrigen Kausalvertrages gekannt oder wenigstens hinsichtlich seines Bestehens Zweifel hegte und in Kenntnis dessen, daß er bei Vorliegen der Nichtigkeit zur Leistung nicht verpflichtet sei, trotzdem zum Zweck der Erfüllung des Vertrages die Auflassung vorgenommen hat?

Bei Schwarzkäufen ist nun grundsätzlich eine solche Kenntnis vom Verstoß gegen § 313 BGB. zu vermuten, so daß der Verkäufer, wenn er diese Kenntnis bestreiten will, für beweispflichtig anzusehen ist.[2])

Die eine Ansicht wendet auf den vorliegenden Fall stets § 814 an und kommt aus diesem Grund zur Verneinung des Rückforderungsanspruches.[3])

---

[1]) KG. 14. Ziv. Sen. JW. 1923, S. 308.

[2]) Auch Föhner im Berl. Tagebl. Nr. 57 v. 3. 2. 23, Morgenausg., 2. Beibl.: Steuerverschleierung bei Grundstücksverkäufen.

[3]) KG. 14. Ziv. Sen. JW. 1923, S. 307 Nr. 4; OLG. München, JW. 1923, S. 276; Oberneck, Zeitschr. Notver. 1923, S. 160; OLG. München, Zeitschr. f. Rechtspfl. in Bayern, 1923, S. 154; Schultze, JW. 1923/1049; Seuff. Arch. 23/44; Seuff. Arch. 78/47; KG. 14. Ziv. Sen., JW. 1925/643 Nr. 12.

Nun ist jedoch zu beachten, daß Ausgangspunkt für die ganze Lehre von der Rückforderung einer Leistung wegen mangelnden Rechtsgrundes die Rücksicht auf den bei der Leistung verfolgten Zweck ist.[1]) Hiervon ausgehend haben sich verschiedene Ansichten gebildet, die aus dem Zwecke, den die Parteien mit der Auflassung verfolgen, schließen, daß für die Anwendbarkeit des § 814 BGB. kein Raum, sondern daß es sich um den Tatbestand des § 812, Abs. I, Satz 2 BGB. handelt, wonach ein Rückforderungsrecht dann für gegeben erachtet wird, wenn der mit einer Leistung nach dem Inhalt des Rechtsgeschäfts bezweckte Erfolg nicht eintritt. Hierzu ist zunächst zu bemerken, daß bei Vorliegen des Tatbestandes dieser condictio causa data causa non secuta tatsächlich § 814 nicht gegeben wäre. § 814 findet nur bei der condictio indebiti, nicht jedoch bei anderen Kondiktionen Anwendung.[2]) Der Wortlaut des § 814 stellt außer Zweifel, daß sich sein Anwendungsgebiet auf die Fälle der reinen condictio indebiti beschränkt. Bei § 812 Abs. I, Satz 2 BGB. hat der Veräußerer überhaupt nicht zum Zwecke der Erfüllung einer Verbindlichkeit geleistet, sondern lediglich in der Erwartung, es werde der nach dem Inhalt des Rechtsgeschäfts bezweckte Erfolg eintreten.

[1]) Planck, III. Aufl. § 812, I, 3a, S. 934.

[2]) Staudinger, 7/8. Aufl. § 814, 1a, S. 1659; Fuchs, JW. 1923, S. 277; OLG. München, JW. 1923, S. 1050; RG. 71, S. 317; RG. 98, 239; Zeitschr. für Rechtspfl. in Bayern 1923, 17; LZ. 23, 286; OLG. 6, S. 228; Schultze, JW. 1923/1050.

bb. Der mit der Auflassung bezweckte Erfolg.

1. Gibt es einen unwandelbaren Zweck der Auflassung?

Festzustellen ist demgegenüber zunächst, welches der Zweck der Auflassung ist, wenn sie die Parteien im Bewußtsein des ungültigen Grundgeschäfts vornehmen.

Nach der einen Ansicht sei § 812, 1, 2 nicht gegeben, denn er setze voraus, daß die Leistung um eines in der Zukunft liegenden Zweckes willen erfolge. Der Zweck der Auflassung dagegen liege in der Vergangenheit, ihr Zweck sei die Verwirklichung des obligatorischen Vertrages. Sie vermittle allerdings als notwendiges Zwischenglied die Eintragung, diese sei aber schon im Kausalgeschäft gewollt und sei nicht erst als Zweck zum Inhalt der Auflassung gemacht. Sie habe nur zum Beweggrund, die schon in jenem bezweckte Eintragung zu ermöglichen.[1]) Richtig ist, daß die Auflassung als solche nur ein dingliches Erfüllungsgeschäft darstellt, der nur eine causa solvendi, nicht aber eine causa obligandi in Richtung auf einen Erfolg zugrunde liegt. Aber auch insoweit ist sie bereits Zweckhandlung,[2]) da sie in Hinblick auf den beabsichtigten Eigentumsübergang vorgenommen wird. Wie aus den Protokollen II, 689 hervorgeht, sollte gerade der Erfüllungscharakter der Auflassung in Betracht gezogen werden, und unter der Zweckbestimmung im Sinne § 812, Abs. I, Satz 2 BGB. ein neben dem Erfüllungsgeschäft bestehender Zweck verstanden werden. Bei der Abfassung der Vorschrift kam es in der Hauptsache darauf an, klarzustellen, daß, wenn eine Vermögensverschiebung durch eine gültige Leistung bewirkt worden war, die Leistung nicht ohne weiteres oder doch nicht immer als genügender Rechtsgrund anzusehen war, um die eingetretene Vermögensänderung zu rechtfertigen, weil die Leistung

---

[1]) OLG. München, in Zeitschr. für Rechtspfl. in Bayern 1923, S. 154; ebenda in JW. 1923. S. 1050.

[2]) Baumann, JW. 1923, 1049; ebenso Schultze daselbst.

nicht Selbstzweck ist, sondern einem außer ihr liegenden Zwecke dient, welcher erst den wirtschaftlichen Charakter der Vermögensübertragung bestimmt und sie in die Wirtschaftsführung der Beteiligten eingliedert.[1]) Der Zweck der Leistung in diesem Sinne sollte jedoch einen Bestandteil des Rechtsgeschäfts bilden und sich als der eigentliche Rechtsgrund der Leistung darstellen.[2]) Unter Ablehnung der Windscheidschen Voraussetzungslehre[3]) wurde daher gefordert, daß der Zweck Vertragsinhalt würde, um bei seinem Ausbleiben ein Rückforderungsrecht zu begründen. Dieser Vertrag muß sonach gesondert zwischen dem Benachteiligten und dem Bereicherten abgeschlossen werden.[4]) Es genügt aber bereits ein stillschweigendes Einverständnis der Parteien, so z. B. wenn der Benachteiligte die Leistung zu einem bestimmten Zweck vornimmt und der andere Teil dies bei der Annahme der Leistung weiß.[5])

[1]) Protokolle II S. 689.

[2]) Protokolle II S. 690.

[3]) Windscheid–Kipp, I § 97 ff., II § 423; Arch. Ziv. Prax. Bd. 78/170 ff.; gegen ihn insbesondere Lenel im Arch. Ziv. Prax. Bd. 74, 230; Bd. 79, 69.

[4]) RG. 49, 49.

[5]) v. Mayr, S. 433.

2. Der Zweck, die Heilung des Vertrages herbeizuführen (im Sinne § 313, Satz 2 BGB).

Bei Formmangel des Grundgeschäfts im Sinne § 313 BGB. ist es nun sehr wohl möglich und wird auch in solchen Fällen sogar die Regel sein, daß die Beteiligten die Auflassung zwar im Bewußtsein der Nichtigkeit des Vertrages vornehmen, jedoch nicht etwa nur zum Zwecke der Erfüllung des Vertrages, sondern in der ausdrücklich erklärten oder erkennbaren Erwartung und Absicht, auf diesem Wege die Heilung des Vertrages im Sinne § 313, 2 BGB. herbeizuführen. In diesem Falle handelt der Veräußerer nicht in der Absicht, sich des Eigentums an dem Grundstücke ohne Rücksicht auf eine Gegenleistung zu begeben, sondern in der Erwartung und Absicht, daß dadurch ein Vermögensaustausch unter den in dem nichtigen Vertrage vereinbarten Bedingungen in rechtlich wirksamer Weise werde zustande gebracht werden.[1]) Daß die Auflassung für sich allein noch nicht diesen Rechtserfolg herbeiführt, sondern erst durch Hinzutreten der Eintragung, ist für die Beurteilung unbeachtlich.[2]) Sie bildet immerhin einen notwendigen Rechtsakt zur Herbeiführung des bezweckten Erfolges. Hat die Auflassung in der Erwartung des Eintritts dieses Erfolges stattgefunden, so würde, wenn der bezweckte Erfolg nicht eintritt, der Rückforderungsanspruch aus § 812, I, 2 als condictio causa data causa non secuta begründet sein.

---

[1]) RG. 108/334 = JW. 1926/161; RG. 98/237; JW. 1902, Beil. S. 289; RG. im Recht 1909, Nr. 822; OLG. 3, 209 ff.; 4, 237 ff.; Recht 06, Nr. 2580; DJZ. 1912, 1415; KG. Seuff. Arch. 57, Nr. 120; Fuchs, JW. 1923/42; 277; 306; 316; 743; 762; fernerhin im Berl. Tagebl. vom 8. Dezember 1922, Abendausgabe; ebenso vom 28. Februar 1923, Morgenausgabe; RG. 71, 317; Samter, JW. 1923, 743; Baer 57; Gutbrod 105.

[2]) Planck § 815, 1 S. 944.

3. Der Zweck, die Gegenleistung zu erhalten.

Wie steht es aber dann, wenn die Parteien zwar von der Ungültigkeit des Vertrages Kenntnis gehabt, nicht dagegen von seiner Heilungsmöglichkeit? Dasselbe gilt von allen übrigen fehlerhaften Rechtsgeschäften, bei denen eine Heilung des Vertrages nicht möglich ist.

Hier wird die Regel sein, daß die Beteiligten die Auflassung in der erkennbaren Erwartung und Absicht vorgenommen haben, daß sich die Eigentumsübertragung unter den wirklichen Vereinbarungen vollziehe, somit auch der Erwerber den Kaufpreis an den Veräußerer zahlen solle. Zweck der Leistung ist auch in diesem Fall, einen Erfolg herbeizuführen. Allerdings handelt es sich nicht um einen rechtlichen Zweck, wie bisher, d. h. nicht um die rechtliche Einwirkung auf die relativen Beziehungen zwischen dem Leistenden und dem Empfänger der Leistung, sondern nur um einen wirtschaftlichen Zweck, d. h. um eine nicht in Schenkungsabsicht bewirkte Leistung. Aus der Entstehungsgeschichte des § 812, Abs. I, Satz 2 BGB. ergibt sich, daß der Zweck der Leistung Bestandteil des Rechtsgeschäfts sein sollte. Wenn auch in den Protokollen Bd. II, S. 691 (vgl. auch Lenel in Arch. Ziv. Prax. Bd. 74, S. 230, Bd. 79, S. 69)[1]) anläßlich des Versuchs einer gesetzlichen Festlegung des Wesens der Zweckbestimmung von einem Antrag, der den Mangel des Rechtsgrundes als Mangel des bezweckten rechtlichen Erfolges bezeichnete, gesagt ist, „es werde damit ein Gesichtspunkt in den Vordergrund gestellt, der das Verhältnis nicht erschöpfe und auch nicht entscheidend sein könne, da den Parteien nicht immer an einem rechtlichen, sondern häufig nur an einem tatsächlichen, wirtschaftlichen Erfolg gelegen

[1]) der es auf den wirtschaftlichen Zweck und Erfolg der Leistung abstellt.

sei", rechtfertigt grundsätzlich nur der Mangel des rechtlichen, nicht auch der des wirtschaftlichen Grundes den Bereicherungsanspruch.[1]) Auf Grund dessen ist bei wirksamen gegenseitigen Verträgen, z. B. insbesondere bei Kaufverträgen, für die Anwendung des Satzes, daß das Ausbleiben des nach dem Inhalt des Rechtsgeschäfts bezweckten Erfolges ein Rückforderungsrecht begründe, nur in sehr beschränktem Umfange Raum gegeben. Nur dann, wenn ein über die Gegenleistung hinausgehender Erfolg bezweckt war und dieser Vertragsinhalt geworden ist, ist der Anspruch bei Ausbleiben des Erfolges begründet. Er greift nicht schon lediglich deshalb Platz, weil die Gegenleistung nicht gewährt wird, denn schon die Verpflichtung des anderen Teiles zur Leistung läßt den Empfang und das Behalten der Leistung als gerechtfertigt erscheinen.[2]) Anders aber ist die Rechtslage, wenn, wie hier, für den Empfänger eine Verpflichtung zur Leistung des Gegenwertes nicht besteht und die Leistung in der erkennbaren Annahme bewirkt worden ist, daß dem Leistenden dafür ein Gegenwert entrichtet werde. Hier hat der Leistende die Leistung nicht zum Zwecke der Erfüllung der Verbindlichkeit bewirkt, — daß eine solche nicht bestehe, wußte er ja — sondern in der beiden Parteien bewußten Erwartung, daß der Empfänger nunmehr auch die verabredeten Leistungen, z. B. den Kaufpreis, entrichten würde. Dieser Zweck ist auch der nach dem Inhalt des stillschweigenden Zweckvertrages bei der Auflassung bezweckte Erfolg. Er ist Leistungszweck und als solcher Vertragsinhalt geworden. Daher muß hier bei Ausbleiben der Gegenleistung ein Rückforderungsrecht gegeben werden.[3]) Die Leistung geschieht in einem solchen Falle nicht schlechthin, es handelt sich hierbei also nicht um einen bewußten Liberalitätsakt, sondern um eine Leistung mit Bezug auf einen bestimmten, anderweitigen, von dem Akt der Leistung selbst unterschiedenen Erfolg, in der Weise, daß der Eintritt dieses Erfolges durch die Leistung vermittelt werden soll und der Nichteintritt dieses Erfolges ein Haben ohne Grund,

---

[1]) Jung, „Die Bereicherungsansprüche" 1907, S. 104.

[2]) RG. 66, S. 133.

[3]) Rosenthal, BGB. Anhang zu § 812 S. II, 206 bezgl. der Rückforderung der Anzahlung, wenn die Auflassung als Gegenleistung nicht vorgenommen wird; Crome II, S. 991 Anm. 13; Reichel, S. 27; Mayr, S. 531/32; RG. im Recht 1910, Nr. 3489; a. A. Gruchot, 51, 977.

den Tatbestand der ungerechtfertigten Bereicherung, begründet.[1])

Wir kommen sonach zu dem Ergebnis, daß in diesen Fällen ein Zweck im Sinne § 812, Abs. I, Satz 2 BGB. vorliegt, demzufolge § 814 BGB. hier nicht anwendbar ist, sondern die Begründetheit des Kondiktionsanspruches nur vom Gesichtspunkt der condictio causa data causa non secuta beurteilt werden darf.

[1]) Erxleben, die condictiones sine causa, Leipzig S. 52; Staudinger 7/8. Aufl. § 812 Bem. I 4 d. S. 1654; Planck, 3. Aufl. § 815, 1; Mayr, S. 532, RG. 98, 240.

cc. Wann ist die condictio causa data causa non secuta begründet?

Ob der Rückforderungsanspruch tatsächlich begründet ist, ist eine andere Frage. Die Bejahung hängt davon ab, ob der bezweckte Erfolg ausgeblieben ist. Sein Nichteintritt soll die durch die Leistung entstehende Bereicherung als eine ohne rechtlichen Grund erfolgte erscheinen lassen. Soweit der Kausalvertrag lediglich an einem Formmangel im Sinne des § 313 BGB. leidet und die Auflassung von den Beteiligten in Kenntnis der hierdurch hervorgerufenen Ungültigkeit, aber in der Erwartung und Absicht erklärt ist, die Heilung des Vertrages durch die Auflassung und Eintragung herbeizuführen, ist in der Zwischenzeit zwischen Auflassung und Eintragung noch nicht entschieden, ob dieser bezweckte Erfolg eintritt oder nicht.

Der Nachweis des Nichteintritts des bezweckten Erfolges stellt jedoch eine Voraussetzung des Kondiktionsanspruches dar; solange also nicht feststeht, daß der Erfolg ausbleibt, ist eine Rückforderung nicht gegeben.[1]) Unmöglich ist es, den Kondiktionsanspruch für begründet anzusehen, wenn dessen Geltendmachung erst den Eintritt des bezweckten Erfolges vereiteln soll, indem erst durch das angestrebte Urteil in Wahrheit der Kondiktionsgrund geschaffen werden würde.[2])

Wie ist aber die Rechtslage, wenn der Eigentümer den Vertrag zuerst widerrufen hat und dann den Kondiktionsanspruch erhebt? Ein Widerruf übt zwar auf den Eigentumsübergang als solchen keinen Einfluß aus, aber er verhindert die Heilung des Vertrages und damit den Eintritt des mit der Auflassung bezweckten Erfolges. Ist in diesem Fall die condictio causa data causa non secuta für begründet zu erachten oder wird ein hierauf gestützter Rückforderungsanspruch durch § 815 BGB. ausgeschlossen,

---

[1]) Dernburg, BGB. II, 2 S. 731; Windscheid II, 109a.

[2]) RG. 108, 334 = JW. 1926/160–161; JW. 1923/308; 1050.

der der ratio des § 162, Abs. I BGB. entsprechend festsetzt, daß der Eintritt des bezweckten Erfolges nicht wider Treu und Glauben verhindert sein darf?[1]) Hierzu werden wir erst im nächsten Abschnitt Stellung nehmen, der ausführlich die Anwendung des Grundsatzes von Treu und Glauben auf die hier zur Erörterung stehenden Rechtsfälle behandelt.

Ist dagegen mit der in Kenntnis der Ungültigkeit des Kausalgeschäfts erfolgten Auflassung nur ein wirtschaftlicher Erfolg bezweckt, nämlich der Empfang der Gegenleistung, was vor allem in den Fällen regelmäßig zutreffen dürfte, wo das Kausalgeschäft aus irgend einem anderen Grunde nichtig bezw. unwirksam ist, so kann diese Frage überhaupt nicht auftauchen. Solange hier der Erwerber die Gegenleistung nicht verweigert, steht der Nichteintritt des bezweckten Erfolges noch nicht fest, so daß wir hier grundsätzlich zu demselben Ergebnis kommen wie vorher beim Ausbleiben des Widerrufs.

[1]) dagegen scheinbar: OLG. Braunschweig, LZ. 1923, S. 614.

III. Der Grundsatz von Treu und Glauben.

Im gesamten Recht steht der Grundsatz der Wahrung von Treu und Glauben in Geltung. Man versteht darunter den Grundsatz, daß ein jeder sein Tun und Lassen so einzurichten hat, wie es Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte erfordern. Wenn er auch im BGB. nur in Einzelbestimmungen, z. B. §§ 133, 138, 157, 162, 226, 242, 320, 815, 817, 826, 853 BGB. seinen gesetzlichen Niederschlag gefunden hat, muß er über den Rahmen dieser Gesetze hinaus überall dort zur Anwendung kommen, wo mit Sicherheit anzunehmen ist, daß der Gesetzgeber ihn angewendet wissen will, um einem damit in Widerspruch stehenden Gebahren seinen Schutz zu versagen. Das Recht steht zur Billigkeit nicht in einem grundsätzlichen Gegensatz, letztere ist nicht, wie Kant „Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre 1797" S. XL meint, „eine stumme Gottheit, die nicht gehört werden kann",[1]) es gilt vielmehr, unter Würdigung der Zwecke des Rechts die typischen Situationen zu finden, in denen dies Prinzip seine Kraft zu entfalten vermag. Zu erwägen ist, ob auch in den vorliegenden Fällen der Erwerber dem sich auf die Ungültigkeit des Grundstücksveräußerungsvertrages berufenden Veräußerer gegenüber diesen Grundsatz zur Verteidigung vorbringen kann und zwar, indem er ihm den der exceptio doli generalis des gemeinen Rechts entsprechenden Rechtsbehelf, die Einrede der Arglist (i. S. § 826 BGB.), entgegensetzt.

[1]) Riezler, venire contra factum proprium, Leipzig 1912, S. 132/133.

a. Liegt in der Berufung auf die Ungültigkeit des Kausalgeschäfts ein Verstoß hiergegen?

In der bloßen Berufung auf die gesetzlichen Bestimmungen, insbesondere die Formvorschriften, kann ein Verstoß des Veräußerers wider Treu und Glauben nicht erblickt werden. Derjenige, der sich auf die Unwirksamkeit des Grundgeschäfts beruft, nimmt damit nur ein ihm gesetzlich verliehenes Recht in Anspruch. Stellt ihm das Gesetz einen solchen Rechtsbehelf zur Verfügung, so kann es nicht wollen, daß seine Geltendmachung als rechtswidrig anzusehen ist. Dies zulassen, hieße das Gesetz desavouieren, den Gesetzgeber schulmeistern.[1]) Dadurch würde auf einem Umwege das gesetzgeberische Gebot der Beobachtung der Vorschriften bedeutungslos gemacht werden.[2]) Was schon für das gemeine deutsche und preußische Recht auch bei Formmangel des Grundgeschäfts anerkannt war, gilt auch noch nach dem BGB.; die exceptio doli generalis darf nicht dazu mißbraucht werden, die Gesetze, insbesondere die Formvorschriften, als etwas wider Treu und Glauben Gehendes zu beseitigen.[3]) Grundsätzlich ist demzufolge der Berufung des Veräußerers auf die Ungültigkeit, insbesondere die Formwidrigkeit, des Grundstücksveräußerungsvertrages gegenüber die Einrede der Arglist seitens des Erwerbers nicht gegeben.[4])

---

[1]) Reichel, Archiv Ziv. Prax. Bd. 104, S. 40.

[2]) RG. 107, 359.

[3]) Förster–Eccius, Preuß. Privatrecht (6) 1, 163 § 31 a. E.

[4]) Reichel, Arch. Ziv. Prax. Bd. 104/40 und außerdem in Gruchots Beitr. 61, 556; RG. 52, 5; 72, 343; 73, 209; 77, 277; 96, 313; OLG. 6, 228; DJZ. 1903, S. 31 Nr. 5; ZBlffG 3, 178; Gutbrod 105; Cosack 5. Aufl. Bd. I, S. 213.

b. Kann dies unter gewissen Umständen der Fall sein?

Sie ist aber dann zu bejahen, wenn besondere Umstände hinzutreten, denen zufolge ein gegen die Grundsätze von Treu und Glauben oder gegen die guten Sitten verstoßendes Verhalten des Veräußerers gleichzeitig vorliegt, so daß eine rechtliche Beurteilung unter dem Gesichtspunkt des § 826 BGB. erforderlich ist. Wenn der Veräußerer z. B. die Abfassung eines formgerechten Vertrages absichtlich verhindert hat, um sich später darauf berufen zu können, wenn er also jenen von vornherein in der Absicht eingegangen ist, ihn nicht zu erfüllen, so verstößt sein Verhalten gegen Treu und Glauben, so daß dem Erwerber bei Geltendmachung der Formnichtigkeit des Vertrages seitens des Veräußerers die Einrede der Arglist zusteht.

Bestritten ist jedoch, ob auch dann schon die Einrede begründet ist, wenn der Veräußerer gegenüber der Bereitwilligkeit des Erwerbers, die Form des § 313 BGB. zu erfüllen, die Beobachtung derselben für unnötig erklärt hat und sich späterhin trotzdem auf den Formmangel beruft. Das Reichsgericht[1]) legt den Schwerpunkt darauf, daß der Veräußerer, der den Erwerber durch seine Erklärung in den Irrtum versetzt habe, daß die Form zur Gültigkeit des Vertrages nicht erforderlich sei, *jetzt bei Geltendmachung* der Nichtigkeit des Vertrages wider Treu und Glauben verstoße, wenn er aus seinem eigenen damaligen Verschulden, welches allein die Ursache für die Nichtinnehaltung der Form gewesen sei, jetzt zum Nachteil des Erwerbers einen Vorteil für sich herleiten wolle, und zwar auch dann, wenn die Absicht, den Formmangel geltend zu machen, um den Vertrag nicht erfüllen zu brauchen, nicht bereits bei Vertragsschluß

[1]) Warneyer 1908, Nr. 38; Gruchot 52, 1044; Seuff. Arch. 63, 349; RG. 96, 315; 107, 359; vgl. auch Staudinger § 826; Erl. 3c Abs. III.

bestanden habe. Die Gegenmeinung[1]) führt aus, daß die bloße Berufung auf den Formmangel nicht den Tatbestand, nicht einmal den Teiltatbestand einer unerlaubten Handlung im Rechtssinne darstellen, eine solche vielmehr einzig und allein im vorwurfsvollen Benehmen gerade beim Geschäftsabschluß gefunden werden könne. Das Delikt müsse schon in der Herbeiführung der Formnichtigkeit liegen, müsse also schon vollendet sein, ehe es zum Prozeß komme. Andererseits würde auf einem Umwege das gesetzgeberische Gebot der Beachtung einer bestimmten Form vielfach außer Kraft gesetzt werden.[2]) Diese Gegenmeinung beruht auf einer Verkennung der Natur der Arglisteinrede. Es ist nicht nötig, daß bereits in einem früheren Zeitpunkt, insbesondere zur Zeit des Vertragsabschlusses, ein arglistiges Verhalten des Veräußerers vorliegt, so daß der Verstoß gegen Treu und Glauben bereits vor Beginn des Prozesses eingetreten ist und in diesem nur auf jenen Verstoß zurückgegriffen wird, sondern die Begründetheit der Arglist kann sich auch erst aus den Umständen bei Beginn oder im Laufe des Prozesses ergeben. Maßgebend ist lediglich, daß zur Zeit ihrer Geltendmachung der sie rechtfertigende Tatbestand gegeben ist. Es reicht demzufolge aus, wenn der Veräußerer im Rechtsstreit eine Haltung annimmt, die mit einem von ihm früher betätigten Verhalten nach dem Grundsatz von Treu und Glauben unvereinbar ist.[3]) Dieser Grundsatz ist auch dann schon zu beachten, wenn, wie hier, der Vertrag ungültig ist, sonach keine rechtsverbindliche Verpflichtung der Parteien zur Erfüllung besteht. Schon Ihering hat in seinem Aufsatz über die „culpa in contrahendo"[4]) auseinandergesetzt, daß „das Gebot der kontraktlichen Delikte für gewordene wie auch für werdende Kontraktverhältnisse gilt", seitdem hat dieser Grundsatz allgemein in Theorie und Rechtsprechung Eingang gefunden.[5]) Die geltende Rechtsordnung kennt sonach

---

[1]) Weißler, in Z. d. d. Not. Ver. 1909, S. 75; Hoeniger, ebenda S. 673; 1910, S. 907; Josef, Arch. f. b. R. 36, S. 60; Oertmann im Recht 1914, S. 8; Planck § 125, Erl. 3b.

[2]) Oertmann, Recht 1914, Spalte 12; Hoeniger, Z. f. d. d. Not. Ver. 1909, S. 673.

[3]) venire contra . . . Riezler; RG. 20, 94; 58, 429; 71, 435; 76, 355; 78, 347; RG. 87, 283; 107, 363; 108, 110; Warn. Rspr. 1914 Nr. 426.

[4]) Ihering in Jahrb. f. Dogmatik 1861 Bd. IV 1 ff.

[5]) RG. 107/363 ff.

auch schon vor dem Abschluß eines Vertrages gewisse Rechtspflichten, insbesondere Sorgfalts-, Anzeige- und Aufklärungspflichten, die aus einem bereits im Stadium der Vorverhandlungen bestehenden eigenartigen Schuldverhältnis abzuleiten sind[1]) und deren Nichterfüllung Schadenersatzverpflichtungen zur Folge hat. Dieser Rechtsgedanke, festgelegt in Einzelbestimmungen z. B. §§ 179, 307, 309, 694 ff. und den Gewährleistungsvorschriften, findet daher, weil er für den redlichen Geschäftsverkehr unentbehrlich ist, auch auf andere rechtlichähnliche Fälle Anwendung.[2]) Der Umfang der Haftung bestimmt sich hierbei nach § 276 BGB. Der Veräußerer steht sonach für jedes Verschulden, also für Vorsatz sowie Fahrlässigkeit, im Sinne dieses Gesetzes ein. Auf Grund dessen kann eine Verletzung der Verpflichtung von Treu und Glauben nicht nur dann als vorliegend erachtet werden, wenn der Veräußerer arglistig, z. B. durch wissentlich wahrheitswidrige Erklärungen, etwa dahingehend, daß die Beobachtung der Form zur Gültigkeit des Vertrages nicht erforderlich sei, das Nichtzustandekommen des Vertrages herbeigeführt hat, sondern z. B. auch bereits dann, wenn er die Gültigkeit des Vertrages durch eine nicht wider besseres Wissen, also nicht arglistig erfolgte Täuschung, verursacht hat und sich späterhin darauf berufen will.[3])

Von großer praktischer Bedeutung ist aber, ob die Arglist auch dann bereits dem Veräußerer entgegengehalten werden kann, wenn er den Erwerber bei Vertragsschluß nur dazu beredet hat, von der Innehaltung der Formvorschrift im Sinne des § 313 BGB. Abstand zu nehmen, und der Erwerber sich in vollem Bewußtsein des Formzwanges damit einverstanden erklärt hat, oder wenn der Veräußerer die vom Erwerber verlangte Beobachtung der gesetzlich vorgeschriebenen Form abgelehnt und der Erwerber sich in vollem Bewußtsein des Formzwanges damit einverstanden erklärt hat, oder wenn der Veräußerer die vom Erwerber verlangte Beobachtung der gesetzlich vorgeschriebenen Form abgelehnt und der Erwerber sich danach mit dem Abschluß des mündlichen Vertrages begnügt hat. Insbesondere fallen hierunter auch die Fälle, wo zwecks Steuerersparnis oder dergleichen ein

---

[1]) Stoll, Haftung für das Verhalten während der Vertragsverhandlungen, LZ. 1923 S. 532 ff.; insbes. 543/45.

[2]) RG. 95, 58; 97, 327; 103, 49; 107, 362; RGR. Komm. § 276 A. 1.

[3]) RG. 107, 362.

falscher Kaufpreis im notariellen Vertrag angegeben war. Nach Josef[1]) handelt es sich hier um eine Vereinbarung dahingehend, daß die gesetzliche Form versäumt, die Erfüllung also dem Belieben des Veräußerers überlassen bleiben solle. Dieser könne sich infolgedessen auf den Mangel der gesetzlichen Form berufen, ohne sich hierdurch dem Einwand der Arglist auszusetzen. Zu demselben Ergebnis kommt Oertmann,[2]) indem er ausführt, der Erwerber habe sich in vollem Bewußtsein damit einverstanden erklärt, für das Geschäft auf die rechtlichen Garantien der Erfüllung zu verzichten und sich mit dem Vertrauen darauf begnügt, daß der Akt im Sinne der gesellschaftlichen Anschauungen wirksam zustande gekommen sei oder zustande kommen werde. Würde er hernach durch Erfüllungsverweigerung des Veräußerers in diesem Vertrauen getäuscht, so sei von Rechts wegen nichts dagegen zu machen. Die Nichterfüllung oder Erfüllungsweigerung bloß gesellschaftlich übernommener Pflichten enthalte selbstverständlich keine Rechts-, aber auch an sich keine rechtlich zu ahndende Moralwidrigkeit, denn der Veräußerer täte nur das, was die Rechtsordnung dem nur gesellschaftlich „Verpflichteten" durch Versagung des Rechtszwanges gegen ihn in aller Form zugebilligt habe. Einen zwingenden Beweis dafür könne man auch aus § 814 entnehmen, der ganz überflüssig wäre, wenn die Nichtleistung des „kraft der guten Sitte Geschuldeten" etwas rechtlich Vorwurfsvolles enthielte.

Daß Josef und Oertmann zu der Verneinung der exceptio doli generalis in diesen Fällen gekommen sind, ist die logische Konsequenz ihrer vorher dargelegten irrigen Auffassung über die Rechtsnatur dieser Einrede. Aber auch nach der von uns vertretenen Auffassung greift die Arglist hierbei nicht durch. Der Veräußerer hat lediglich durch seine Anregung dem Erwerber keinen Anlaß zu der Annahme gegeben, daß er ihm gegenüber auch ohne den Abschluß eines formgerechten Vertrages zur Erfüllung desselben rechtlich gebunden sei, vielmehr waren beide Parteien bei Vertragsschluß sich darüber einig, daß sie es jederzeit in der Hand hatten, die Formwidrigkeit des Vertrages geltend zu machen. Indem der Veräußerer von diesem Recht späterhin Gebrauch macht, setzt er sich somit nicht mit einem früheren von ihm zu

[1]) Josef, Arch. bürg. Recht, Bd. 36, S. 69.

[2]) Oertmann, im Recht 1914, Spalte 11/12.

vertretenden Verhalten in Widerspruch. Nebenbei sei bemerkt, daß die Tatsache, daß der Veräußerer und der Erwerber in den vorher besonders hervorgehobenen Fällen der Steuerhinterziehung durch die Teilnahme an der Falschbeurkundung sich des Steuerbetruges schuldig gemacht haben, für die Beurteilung der hier vorliegenden Frage völlig unbeachtlich ist. Da ein derartiger Grundstücksveräußerungsvertrag nicht gegen die guten Sitten verstößt, steht einer Berufung seitens des Veräußerers auf dessen Formnichtigkeit nichts entgegen. Der geltend gemachte Anspruch steht mit dem beiderseitigen Steuerbetrug gegenüber dem Fiskus in keinem inneren Zusammenhang.[1])

[1]) RG. 107, 364.

c. Ist es der Fall, wenn die Parteien in Kenntnis der Fehlerhaftigkeit des Vertrages die Auflassung vorgenommen haben?

Zu erwägen ist, ob eine andere rechtliche Beurteilung erfolgen muß, wenn der Veräußerer nach Abschluß des im beiderseitigen Einverständnis formlos abgeschlossenen Vertrages die Auflassung vorgenommen hat.

Nach Reichel[1]) würde in einem solchen Fall, in dem der Veräußerer die Leistung in der Erwartung bewirkt, der Erwerber werde die nicht geschuldete Gegenleistung erfüllen, der Veräußerer gegen Treu und Glauben verstoßen, wenn er jetzt noch die Nichtigkeit des Vertrages geltend machen und die Leistung, also die Auflassung, kondizieren wollte. Der Veräußerer bringe hierbei seinen Willen, gegen Empfang der erwarteten Gegenleistung seinem Kondiktionsanspruche zu entsagen, deutlich genug zum Ausdruck. Daß der nachleistende Gegenkontrahent dieses Erlaßangebot akzeptiere und auch seinerseits einen entsprechenden Erlaß kundgebe, sei ohne weiteres zu vermuten. Er folgert daraus, daß schon in dem Zeitpunkt die Rückforderung des Veräußerers ausgeschlossen sei, in dem der Erwerber die Leistung zwar noch nicht bewirkt habe, immerhin aber noch bereit und imstande sei, sie zu bewirken. Wer auf eine bewußte Nichtschuld in der erkennbaren Absicht leiste, der andere Teil werde den Gegenwert bieten, der dürfe nicht unversehens die Leistung kondizieren, bloß weil es ihn reue, sie bewirkt zu haben. Er habe vielmehr durch die Vornahme der Auflassung den Vertrag als gültigen behandelt, in der erkennbaren Hoffnung, auch der Gegner werde ihn als gültig behandeln, würde sonach grob treulos handeln, wenn er dem zur Gegenleistung bereiten Gegner mit einer Kondiktion in den Arm fallen würde. Er habe vielmehr abzuwarten, ob der Gegner binnen einer nach Treu und Glauben zu bemessenden Frist (§ 242 BGB.) die Gegenleistung bewirke. Erst wenn der Gegner

[1]) Reichel, Arch. Ziv. Prax. 104, S. 28; ähnl. Gutbrod, S. 122.

diese Frist verstreichen lasse oder schon vorher durch ausdrückliche Erklärung die Gegenleistung verweigere oder auch selbst die Nichtigkeit des Vertrages geltend mache, sei die Rückforderung der Leistung, in unserem Falle also die Kondiktion der Auflassung begründet.[1])

Aehnlich äußert sich Riezler.[2]) Er erklärt, die Heilung müsse wenigstens dann eintreten, wenn die Erfüllung oder Erfüllungsannahme bewußt geschehen sei. Denn nicht nur die in Kenntnis der Nichtverpflichtung geschehene Erfüllung, sondern auch Erfüllungsannahme sei eine Willensbetätigung, mit der sich ihr Urheber zum Schaden des darauf Vertrauenden nicht selbst in Widerspruch setzen dürfe, ohne gegen Treu und Glauben zu verstoßen.

Nach Reichel und Riezler würde sonach der Veräußerer gegen Treu und Glauben verstoßen, wenn er die Auflassung, die er in Kenntnis der Ungültigkeit des Vertrages und in der erkennbaren Erwartung, der Erwerber werde die Gegenleistung bewirken, vorgenommen hat, zurückfordern würde oder sonst in irgend einer Weise z. B. im Wege des Widerrufs des Vertrages sich auf dessen Unwirksamkeit berufen würde.

Die Theorie von Reichel entbehrt zunächst jeglicher Beweiskraft. Sie stützt sich darauf, daß eine Partei bei Vornahme einer Leistung den Willen verfolge, gegen Empfang der Gegenleistung dem Kondiktionsanspruch zu entsagen. Dies ist eine willkürliche Annahme einer Parteiabsicht, für die jede Grundlage fehlt. In der Regel hat eine Partei hierbei lediglich den Willen, den zugrundeliegenden Vertrag zu erfüllen. Ist dieser aber ungültig, so leistet sie in der Erwartung, den Gegner hierdurch zur Bewirkung der Gegenleistung zu veranlassen oder unter den besonderen Umständen des § 313 BGB. bei Kenntnis der Heilungsmöglichkeit durch die Auflassung die Grundlage für die Heilung des Vertrages und damit für die rechtliche Verpflichtung des Erwerbers zur Bewirkung der Gegenleistung zu schaffen. Einen Willen darüber hinaus, etwa dahingehend, auf den Kondiktionsanspruch einseitig zu verzichten oder mit dem Gegner einen entsprechenden Erlaßvertrag abzuschließen, hat die leistende Partei gewöhnlich nicht.

Würde man den Grundsatz der Unzulässigkeit des Widerspruchs mit dem eigenen Verhalten in so weitgehendem Maße

---

[1]) Reichel, Arch. Ziv. Prax. Bd. 104, S. 28/29.

[2]) Riezler venire contra factum proprium, S. 146 ff.

für anwendbar erachten, wie Riezler meint, so würde er ohne Zweifel auch auf den vorliegenden Fall anwendbar und damit im Ergebnis auch die Ansicht Reichels richtig sein.

Dem Grundsatz der Wahrung von Treu und Glauben steht aber hier gegenüber der Grundsatz der Wahrung der Form. Dieser ist in § 313 BGB. für den Bestand des Rechtsgeschäfts ausschlaggebend. Hat das Gesetz die in dem hiergegen verstoßenden Vertrage übernommenen Verpflichtungen für nichtig erklärt, so darf es ihre Erfüllung weder direkt noch indirekt erzwingen, sondern nur in ganz außergewöhnlichen Fällen zulassen. Daß die Parteien im Bewußtsein der Formnichtigkeit des Vertrages, zugleich aber in der Hoffnung, der Gegner werde die Gegenleistung dann auch bewirken, ihre Leistung zuerst erfüllen, kommt im Verkehrsleben sehr häufig vor. In allen diesen Fällen würde hiernach die Berufung auf die Formnichtigkeit nach Entrichtung der eigenen Leistung ausgeschlossen sein, während es — nach Reichel — im freien Belieben des Gegners stände, sich mit der Leistung zu begnügen und selbst zu leisten oder die Leistung zu verweigern und die Formwidrigkeit des Vertrages geltend zu machen. Je nachdem, wer zuerst geleistet hätte, also auch der Erwerber, der den Kaufpreis oder auch nur eine Anzahlung darauf geleistet hätte, könnte seine Leistung nicht mehr zurückfordern.[1])

Die Wirkung dieser Lehre wäre dieselbe, wie wenn die vorleistende Partei an den nichtigen Vertrag ernstlich gebunden wäre, so daß auf dem Umwege der exceptio doli in solchen Fällen eine Bindung der jeweils vorleistenden Partei anerkannt werden würde.

Eine solche Verschiebung der Rechtslage zugunsten des Nachleistenden erscheint nicht gerechtfertigt. Selbst eine Erfüllungshandlung unter bewußter Nichtachtung der Formvorschriften schließt ein unbesonnenes, leichtsinniges Verhalten nicht aus. Der Zweck des Gesetzes ist aber, die Folgen eines solchen Verhaltens zu verhüten. Demgegenüber müssen alle Rücksichten auf Treu und Glauben versagen. „Der Formalismus der Rechtsgeschäfte fragt nicht nach Treu und Glauben".[2]) Die Geltendmachung der Formungültigkeit muß vielmehr in höherem Interesse

---

[1]) a. A. bezgl. des Anspruches auf Rückgabe des Kaufpreises OLG. 3, 209, 4, 237. 25/30. JW. 1902, Beil. S. 281; RG. i. R. 1909 Nr. 822; RG. 53, 237.

[2]) Cosack, I S. 213.

der öffentlichen Ordnung, die nur mit formgemäß gestalteten Rechtsgeschäften Rechtsfolgen verbinden will, zugelassen werden, selbst dann, wenn diese Geltendmachung sich mit eigener Willensbetätigung in Widerspruch setzt.[1]) Selbstverständlich gilt dieser Grundsatz auch in den übrigen Fällen der Ungültigkeit des Kausalgeschäfts, auch hier sind die gesetzlichen Vorschriften, deren Verletzung die Fehlerhaftigkeit des Rechtsgeschäfts herbeiführt, im höheren Interesse der öffentlichen Ordnung geschaffen. Gerade weil hier eine Heilung des Kausalgeschäfts nicht möglich ist, würde die Zulassung einer exceptio doli generalis der Außerkraftsetzung der Gesetze gleichkommen. Daraus ergibt sich, daß der Veräußerer auch nach der Auflassung, die er im Bewußtsein der Formungültigkeit des Vertrages vorgenommen hat, berechtigt ist, den Vertrag zu widerrufen, ohne daß er hierdurch gegen Treu und Glauben verstößt, es sei denn, daß, wie dargelegt worden ist, außergewöhnliche Umstände hinzutreten, die die Einrede der Arglist gerechtfertigt erscheinen lassen würden.

[1]) JW. 1910, S. 146, Nr. 5; Lutze S. 70; für das franz. Priv. Recht: Rundstein „Der Widerspruch mit dem eigenen Verhalten" im Arch. bürg. Recht, Bd. 43, S. 339, Nr. 6.

d. Wird bei Widerruf des Vertrages der Eintritt des Erfolges wider Treu und Glauben im Sinne § 815 BGB. verhindert?

Der Veräußerer ist dann auch fernerhin befugt, die Auflassungserklärung mit der condictio causa data causa non secuta zurückzufordern. Sein Rückforderungsanspruch wird durch § 815 BGB. in keiner Weise beeinflußt. Er hat zwar den Eintritt des Erfolges verhindert, nicht aber hat er dies wider Treu und Glauben getan.[1]) Wer sich an ein nichtiges, vom Gesetz abgelehntes Geschäft nicht für gebunden erachtet, handelt eben nicht arglistig und verhindert nicht wider Treu und Glauben die Erfüllung des Geschäfts, gleichgültig, ob er sich hierbei defensiv oder offensiv auf den Mangel des Vertrages beruft.[2]) Allerdings erscheint es zunächst eigenartig, daß dem Veräußerer das Recht zugestanden wird, durch willkürlichen Widerruf die Nichtrealisierung der Causa im Sinne § 812 Abs. I, 2 BGB. herbeizuführen. Zu beachten ist aber, daß dem Wesen der condictio causa data causa non secuta die Rücksicht auf den Grund des Nichteintritts des Erfolges fremd ist.

Die einzigen Ausnahmen hiergegen, welche Anwendungsfälle höherer Rechtsprinzipien darstellen, enthält § 815 BGB.[3])

---

[1]) OLG. 6/229; JW. 1910, S. 17 Nr. 23 und S. 146 Nr. 5; RG. 72, 343; Dernburg, 4. Aufl., II. Bd., II. Abt., § 377 II, 3 Anm. 9; Lutze, S. 11.

[2]) Gutbrod, S. 105; Cosack, 5. Aufl. 1910, Bd. I, S. 213; RG. im Zentralbl. ffG. Bd. 3, S. 178; RG. 52, 1; a. A. Arons 32.

[3]) Fritz Boré, Die Voraussetzung der condictio causa data causa non secuta. Dissertation Erlangen 1904, S. 61.

IV. Die Beweislast.

Bei Geltendmachung der Ungültigkeit des Vertrages nach der Auflassung liegt die Beweislast genau so wie in allen Fällen, in denen die Fehlerhaftigkeit des Vertrages geltend gemacht wird. Es kommt sonach die allgemeine Beweisregel zur Anwendung, daß derjenige, der sich auf die Ungültigkeit des Vertrages beruft, hier also der Veräußerer, nur deren Eintritt zu beweisen hat und daß bei dargetanem Nachweis das Fortbestehen vermutet wird.[1]) Hierbei ist es gleichgültig, ob eine Formalurkunde im Sinne § 313 aufgenommen worden ist oder nicht. Behauptet der Veräußerer, daß die Beurkundung zur Zeit ihrer Vornahme unrichtig oder unvollständig gewesen sei, daß z. B. ein falscher Kaufpreis angegeben sei, so trifft ihn die Beweislast hierfür. Gelingt ihm der Beweis, so hat er damit ein für allemal dargelegt, daß diese Beurkundung rechtlich unbeachtlich ist. Es tritt sonach dieselbe Rechtsfolge ein, als wenn der Vertrag überhaupt nicht beurkundet wäre. Keinesfalls unterliegt die Beurkundung einer irgendwie aus bestimmten Gründen ihrem Grad nach geringeren und ihrer Heilungsfähigkeit nach günstiger gestellten Art von Nichtigkeit als der mündliche Vertrag, für sie spricht keine Vermutung des Fortbestandes.[2]) Bei Schwarzkäufen ist, wie bereits Seite 22 betont ist, bei der Kondiktion der Auflassung die Kenntnis des Veräußerers von der Fehlerhaftigkeit des Vertrages zu vermuten. In den Fällen, in denen die Auflassung in Erwartung und Absicht der Heilung des formwidrigen Vertrages im Sinne § 313 Satz 2 BGB. vorgenommen ist, tritt hierbei zu der bisherigen Beweispflicht des Veräußerers die weitere hinzu, daß er den Vertrag widerrufen habe. Ist der Erwerber Eigentümer des Grundstücks geworden, so obliegt dem Veräußerer derselbe Nachweis, nämlich, daß er vor dem Abschluß des Heilungsvorgangs, also vor der Eintragung, dem Erwerber gegenüber den Widerruf des Vertrages ausgesprochen habe.

[1]) Staub, S. 36.

[2]) v. d. Trenck, JW. 1922 S. 186.

Schluß.

Der normale Weg, den festgestellten Kondiktionsanspruch geltend zu machen, ist die Erhebung der Klage vor Gericht. Da aber der Veräußerer Gefahr läuft, daß während des Prozeßverfahrens die Eintragung des Erwerbers erfolgt, muß es auch andere Mittel und Wege geben, die Eintragung zu verhindern.

Ein Widerspruch ist gemäß § 873 Abs. II BGB. nicht möglich, ebensowenig ein Widerruf der gestellten Eintragungsbewilligung, da diese, wenn sie auch den formellen Zwecken des Grundbuchrechts dient, eine den Eintragungsantrag rechtfertigende rechtsgeschäftliche Willenserklärung ist, demzufolge mit ihrer Wirksamkeit im Sinne § 130 BGB. unwiderruflich geworden ist. Den inzwischen vom Erwerber gestellten Eintragungsantrag zurückzuziehen, ist der Veräußerer auch nicht in der Lage, weil stets nur der Antragsteller selbst seinen Antrag zurücknehmen kann. Liegt ein gemeinsamer Antrag des Veräußerers und Erwerbers vor, so kann er auch nur gemeinsam widerrufen werden. Eine einstweilige Verfügung auf Eintragung eines Widerspruchs oder auf Eintragung einer Vormerkung wiederum kommt nicht in Betracht, da die gesetzlichen Voraussetzungen hierfür im Sinne §§ 894, 899 bezw. 883, 885 BGB. nicht vorliegen.

Es bleibt daher nur die ordentliche einstweilige Verfügung gemäß den §§ 935, 938, 941 Z.P.O. übrig. Diese darf nicht den Grundbuchrichter oder den Notar, die beide selbständige Behörden sind, anweisen, sondern nur an den Erwerber ergehen. Als Inhalt ist eine Verfügungsbeschränkung im Sinne des § 938 Z.P.O. weder zulässig (§ 40 Abs. I G.B.O.) noch zweckentsprechend, da das Verbot überhaupt erst mit der Eintragung praktisch wirksam werden würde.

Sie muß vielmehr geeignet sein, ein Eintragungshindernis im Sinne § 18 G.B.O. für den Grundbuchrichter darzustellen.

Zweckmäßig ist eine solche einstweilige Verfügung, die

1) dem Erwerber gebietet, seinen Eintragungsantrag vorläufig zurückzunehmen oder, falls er einen solchen noch nicht gestellt hat, ihm untersagt, ihn zu stellen oder stellen zu lassen,

2) ihm fernerhin untersagt, bis zur Entscheidung des Hauptprozesses einen neuen Eintragungsantrag zu stellen oder stellen zu lassen, und

3) im übrigen dem Erwerber, dem Grundbuchrichter und evtl. dem Notar zugestellt wird.

Aus ihrem Zweck ergibt sich der materiell-rechtliche Charakter des Erwerbsverbots, so daß sie dem Erwerber gegenüber auch bei Eigentumsübergang analog den Vorschriften §§ 135, 136 BGB. wirksam bleibt.

Hinsichtlich der Rechtsbeziehungen der Parteien bei vorzeitiger Uebergabe des Grundstücks kommen die Grundsätze der ungerechtfertigten Bereicherung mit der Maßgabe zur Anwendung, daß die durch Leistung und Gegenleistung erwachsenen Vorteile gegeneinander abzuwägen sind. Mit der Erlangung der Kenntnis von der Fehlerhaftigkeit des Kausalgeschäfts tritt die verschärfte Haftung des Erwerbers gemäß den §§ 819 Abs. 1, 818 Abs. 4, 292, 987 ff. BGB. ein.

Beim Schwarzkauf haftet jedoch der Erwerber bis zum Widerruf des Vertrages lediglich im Rahmen des § 818 BGB., da hier, wie dargelegt, in der Regel beide Teile den mangelnden Rechtsgrund von vornherein kennen, der Mangel im Sinne § 819 BGB. außerdem notwendigerweise unheilbar sein muß.

Lebenslauf.

Ich, Carl Johannes Gottwald, bin am 25. Juli 1895 in Neuenburg, Westpr. a. d. Weichsel als Sohn des praktischen Arztes, nachmaligen Sanitätsrates Dr. Carl Gottwald, gestorben am 29. Juni 1917 auf dem östlichen Kriegsschauplatz, und seiner Ehefrau Helene, geb. Ratter, geboren. Bis Ostern 1910 besuchte ich die Höhere Privat-Knabenschule in Neuenburg, seitdem das Königliche Gymnasium in Konitz, Westpr. Bei Ausbruch des Krieges trat ich nach bestandener Reifeprüfung in das II. Pommersche Fußartillerie-Regiment Nr. 15 als Fahnenjunker ein. Zuerst war ich auf dem östlichen Kriegsschauplatz tätig, wo am 2. September 1915 meine Beförderung zum Leutnant erfolgte, vom Oktober 1915 bis zum Kriegsende auf dem westlichen Kriegsschauplatz. Am 30. März 1919 nahm ich meinen Abschied und widmete mich dem Studium der Rechtswissenschaft an den Universitäten Freiburg i. Br. und Berlin. Am 24. Juli 1923 legte ich in Berlin die erste juristische Staatsprüfung ab und stehe hier seit Oktober 1923 als Referendar im Vorbereitungsdienst.

Dem hochverehrten Herrn Geheimen Justizrat Professor Dr. Otto Fischer spreche ich für seine mir bei der Anfertigung der Arbeit gütigst gewährte Unterstützung auch an dieser Stelle meinen ehrerbietigsten Dank aus.